

Het Weens Koopverdrag en het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht: de positie van de commerciële koper

M.B.M. Loos en H.N. Schelhaas*

1 Inleiding

Het was twee jaar nadat de studiekering Offerhaus was opgericht. En Offerhaus zelf heeft het nog net meegemaakt: de geboorte van twee belangrijke sets met regels over de internationale koop in 1964. In dat jaar kwam zowel het Verdrag houdende een eenvormige wet inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken (het LUVI-verdrag) als het Verdrag houdende een eenvormige wet inzake de totstandkoming van internationale koopovereenkomsten betreffende roerende lichamelijke zaken (het LUF-verdrag) tot stand. Deze verdragen hebben betrekking op één van de belangstellingsgebieden van Offerhaus (het handelsrecht), maar zetten tegelijkertijd het andere belangstellingsgebied (het internationaal privaatrecht) goeddeels buiten spel. De verdragen gaan immers uit van uniform materiaal privaatrecht, zodat idealiter het internationaal privaatrecht niet meer nodig is. In 1980 werden deze twee verdragen over internationale koop opgevolgd door het Weens Koopverdrag (hierna ook: CISG),¹ dat een vergelijkbaar bereik heeft. Deze verdragen stonden centraal in Hartkamps bijdrage voor de Offerhaus-kring in 1980.² Hij stelde zich onder meer de vraag wat het CISG toevoegde aan de toen bestaande kooprecht-verdragen en concludeerde onder meer dat het CISG vooral de positie van de (commerciële) koper op een aantal punten heeft verbeterd.³

In onze bijdrage voor de jubileumbundel van de Offerhaus-kring borduren wij voort op dit thema, en gaan wij in op de jongste spruit van het internationale kooprecht: de concept-verordening voor een Gemeenschappelijk Europees Kooprecht (hierna ook:

* Prof. dr. M.B.M. Loos is hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder het Europees consumentenrecht, aan de Universiteit van Amsterdam, en verbonden aan het Centre for the Study of European Contract Law van die universiteit. Dr. H.N. Schelhaas is advocaat bij Stibbe in Amsterdam, en als honorair universitair hoofddocent verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht.

1 Verdrag der Verenigde Naties inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken, gesloten te Wenen op 11 april 1980, *Trb.* 1981, 184, voor Nederland in werking getreden op 1 januari 1992. Het verdrag wordt veelal ook als CISG aangeduid, de afkorting van de Engelse naam van het verdrag: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

2 A.S. Hartkamp, *Het Weense Koopverdrag: Beschouwing over het VN-verdrag inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken* (1980), Studiekering 'Prof.mr. J. Offerhaus', reeks Handelsrecht, no. 16, Deventer: Kluwer 1980 (hierna: Hartkamp 1980).

3 Hartkamp 1980, met name p. 25-28.

GEKR).⁴ Wij gaan in op de vraag wat het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht toevoegt aan het Weens Koopverdrag, en stellen daarbij in lijn van het betoog van Hartkamp eveneens de positie van de commerciële koper centraal.

2 De achtergronden van het Weens Koopverdrag en het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht

Het materiële toepassingsgebied van het CISG en het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht zijn grosso modo vergelijkbaar, maar de wijze waarop de twee regelingen toepasselijk worden, verschilt. Het CISG biedt een uniforme regeling aan voor de internationale handelskoop van roerende zaken (hierna ook: de handelsovereenkomst).⁵ De internationale koopovereenkomst waarbij één van beide partijen een consument is (hierna ook: de consumentenovereenkomst), valt dus buiten het bereik van het CISG. Het CISG bestrijkt slechts het contractenrecht, en laat dus onder meer het goederenrecht onberoerd. Het CISG is van toepassing, zodra een rechtsstelsel van één van de verdragsluitende staten van toepassing is (ook indien dit op grond van een rechtskeuze wordt bewerkstelligd). Wel kan de toepassing van het CISG worden uitgesloten.⁶ In dat geval is de 'gewone' koopregeling van het volgens het internationaal privaatrecht toepasselijke recht van toepassing (in Nederland: de regeling van het Burgerlijk Wetboek). Deze nationale regeling is overigens ook van toepassing op overeenkomsten waarop het CISG wel van toepassing is, voor zover het onderwerpen betreft die in het CISG niet geregeld zijn. Hierop zullen wij terugkomen in par. 3, waarin wij enkele leemten uit het CISG bespreken.

Het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht is nog niet van kracht, maar is vervat in een bijlage bij een concept-verordening die nog moet worden goedgekeurd; de verordening⁷ zelf bevat naast definities vooral bepalingen over de werkingssfeer van het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht. Het GEKR richt zich op grensoverschrijdende koopovereenkomsten van roerende zaken, maar lidstaten van de Europese Unie kunnen ook besluiten het toe te passen op binnenlandse overeenkomsten.⁸ Anders dan het CISG is het GEKR ook van toepassing op de consumentenkoopovereenkomst. Zijn zowel koper als verkoper een commerciële partij, dan is het GEKR in beginsel uitsluitend van toepassing indien één van beide partijen een kleine of middelgrote onderneming is.⁹ Wel hebben lidstaten ook hier de optie om de werking van het GEKR uit te breiden naar overeenkomsten waarbij partijen grote handelspartijen zijn.¹⁰ Ook voor het GEKR geldt overigens dat voor onderwerpen die er niet in geregeld zijn, terug moet worden gevallen op het (door het internationaal

4 Voorstel van de Europese Commissie van 11 oktober 2011 voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende een gemeenschappelijk Europees kooprecht, COM(2011) 635 definitief. In deze bijdrage wordt naar de concept-verordening en het daarin opgenomen GEKR verwezen alsof het voorstel van de Europese Commissie in ongewijzigde versie is aanvaard. Verwijzingen naar de verordening en het GEKR zijn derhalve in werkelijkheid verwijzingen naar de concept-verordening en de daarbij horende bijlage.

5 Het Weens Koopverdrag kent slechts in beperkte mate regels ten aanzien van diensten die tegelijk met of in aansluiting op de koopovereenkomst worden geleverd: zie art. 3 CISG.

6 Zie art. 6 CISG.

7 Zie noot 4.

8 Zie art. 13 onder (a) verordening.

9 Zie art. 7 lid 2 verordening.

10 Zie art. 13 onder (b) verordening.

privaatrecht) aangewezen nationale recht.¹¹ Omdat het materiële toepassingsgebied van het GEKR ruimer is dan dat van het CISG, zal dat overigens vermoedelijk in minder gevallen noodzakelijk zijn: zo kent het GEKR bijvoorbeeld wel een regeling voor de inhoudscontrole van algemene voorwaarden, die ook van toepassing is in het geval van een handelsovereenkomst.¹² Het doel van het GEKR is vooral gelegen in het verbeteren van de werking van de interne markt door een uniforme optionele regeling voor koopovereenkomsten aan te bieden. Daarnaast is het de uitdrukkelijke bedoeling om een hoog niveau van consumentenbescherming te waarborgen.¹³ Indien het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht de status van verordening verkrijgt, dan is het – anders dan het Weens Koopverdrag – niet automatisch van toepassing op internationale koopovereenkomsten, maar is de werkingssfeer tegenovergesteld: partijen moeten er zelf voor kiezen.¹⁴ Wanneer beide partijen commerciële partijen zijn, is die keuze vormvrij, zodat zij in beginsel ook in algemene voorwaarden verscholen kan liggen.¹⁵ Indien sprake is van een consumentenovereenkomst, is echter een expliciete verklaring vereist, die zelfs gescheiden dient te zijn van de verklaring waarmee de consument de instemming met het sluiten van de overeenkomst geeft. Bovendien dient de verkoper daaraan voorafgaand de consument hierop op een in het oog springende manier te wijzen met gebruikmaking van een specifieke 'standaardmededeling'.¹⁶

Nu de belangrijkste karakteristieken van beide instrumenten zijn geschetst, zetten wij in het kort een aantal van de belangrijkste materiële regels naast elkaar. Wij gaan daarbij specifiek in op enkele onderwerpen die in het Weens Koopverdrag niet, of slechts ten dele, zijn geregeld (par. 3). Vervolgens gaan wij in op enkele voor de commerciële rechtspraktijk belangrijke onderwerpen waar beide instrumenten regels voor stellen (par. 4).

3 De leemtes van het Weens Koopverdrag

3.1 Inleiding

Het Weens Koopverdrag kent uitgebreide regels over de totstandkoming van de overeenkomst en over de verplichtingen van beide partijen en de gevolgen van de niet-nakoming van deze verplichtingen (art. 25-88 CISG). De nadruk ligt daarbij echter vooral op de tweede categorie: waar aan de contractsluitingsfase 11 artikelen zijn gewijd (art. 14-24 CISG), zijn voor de verplichtingen van partijen en de niet-nakoming daarvan maar liefst 64 artikelen (art. 25-88 CISG) beschikbaar. Dit duidt er al op dat een aantal van de belangrijkste leemten vooral de contractsluitingsfase betreft. In deze paragraaf gaan wij op de belangrijkste leemten in en geven weer of deze onderwerpen in het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht (wel) een afdoende regeling hebben gevonden.¹⁷

11 Zie ook overweging (27) in de preambule bij de verordening.

12 Zie art. 86 GEKR, waarover hierna nog.

13 Zie de toelichting bij de verordening, p. 4-5.

14 Zie art. 3 verordening.

15 Zie art. 8 lid 1 verordening jo. art. 6 en 30 GEKR.

16 Zie art. 8 lid 2 jo. art. 9 verordening. Terecht kritisch over deze regeling: M.W. Hesselink, 'How to opt into the Common European Sales Law. Brief comments on the Commission's proposal for a regulation', *European Review of Private Law* 2012/1, p. 208-211.

17 Gezien het beperkte bereik van onze bijdrage kunnen wij niet op alle leemten ingaan en laten we bijvoorbeeld de verjaring onbesproken. Waar het CISG niet over een verjarringsregeling beschikt, voorziet het GEKR over een uitgebreid hoofdstuk over verjaring: art. 178-186 GEKR.

3.2 Wilsgebreken

Het Weens Koopverdrag bevat, zoals toegelicht, regels over de sluiting van internationale handelsovereenkomsten. Art. 4 CISG geeft echter uitdrukkelijk aan dat het verdrag 'geen betrekking' heeft op de geldigheid van de overeenkomst en de eigendomsoverdracht van de geleverde zaken. Deze onderwerpen zijn derhalve, zoals in par. 2 is opgemerkt, overgelaten aan het toepasselijke nationale privaatrecht. Dat is echter anders voor zover ten aanzien van deze onderwerpen 'uitdrukkelijk anders is bepaald in dit Verdrag'. De vraag of een onderwerp wel of niet in het CISG geregeld is, is in de praktijk echter niet eenvoudig te beantwoorden en is onderwerp van talrijke procedures geweest: dit moet namelijk worden beoordeeld op basis van het verdrag zelf, en aangenomen wordt dat een onderwerp dat geen uitdrukkelijke regeling kent, op basis van de algemene beginselen van het verdrag toch door het verdrag beheerst kan worden.¹⁸

Het CISG heeft geen *specifieke* regeling gewijd aan wilsgebreken betreffende de geldigheid van de overeenkomst. De algemene regels van het CISG hebben niettemin gelding indien het verdrag dat bepaalt. Voorzover een eventuele dwaling betrekking heeft op de kenmerken van de zaken, op de kredietwaardigheid van de koper of de mate waarin de koper in staat is de overeenkomst na te komen, wordt aangenomen dat deze kwesties binnen het bereik van de regels van de conformiteit (art. 35 e.v. CISG) resp. de *anticipatory breach* (art. 71 CISG) vallen, zodat voor deze onderdelen niet teruggegrepen hoeft te worden op het nationale recht.¹⁹ De uniformiteit die het CISG nastreeft leidt er vervolgens toe dat het leerstuk van de dwaling geen toepassing heeft in gevallen die – mede – door het leerstuk van de conformiteit worden bestreken.²⁰ Dat betekent dat in de meeste gevallen waarin naar Nederlands recht een beroep op dwaling mogelijk zou zijn geweest, die remedie voor de koper niet beschikbaar is onder het CISG. Gevallen waarin de koper de overeenkomst heeft gesloten onder invloed van *bedrog* vallen naar heersende leer niet onder het bereik van het CISG,²¹ ook al kan ook hiervoor een nauwe band met conformiteitsvraagstukken vaak evenmin worden ontkend. Een door de verkoper opzettelijk veroorzaakte dwaling zal dus, ook indien het CISG op de overeenkomst van toepassing is, kunnen leiden tot vernietiging van de koopovereenkomst op grond van de Nederlandsrechtelijke bepalingen van bedrog. Ook voor de andere Nederlandse wilsgebreken, bedreiging en misbruik van omstandigheden, zijn in het CISG geen aanknopingspunten te vinden, zodat deze naar nationaal recht moeten en kunnen worden beoordeeld.²²

Onder het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht is echter een uitgebreide regeling opgenomen van de wilsgebreken dwaling, bedrog, bedreiging en misbruik van omstandigheden (art. 48-51 GEKR). In de daarop volgende artikelen worden vervolgens de uitoefening van de bevoegdheid tot vernietiging en de gevolgen ervan geregeld (art. 52-55 GEKR). Dat betekent dat voor deze onderwerpen het interne nationale recht geen rol meer zal spelen indien partijen gekozen hebben voor toepasselijkheid van het GEKR. In dat opzicht is een keuze voor het GEKR zonder meer aantrekkelijker voor *beide* partijen: het biedt een

18 Vgl. M. Djordjevic, Comment 3-4 to art. 4 CISG, in: S. Kröll, L. Mistelis, P. Perales Viscasillas, *UN Convention for the International Sale of Goods (CISG)*, München: C.H. Beck, 2011 (hierna: Kröll, Mistelis & Perales Viscasillas 2011), p. 63-64.

19 Vgl. M. Djordjevic, Comment 21 to art. 4 CISG, in: Kröll, Mistelis & Perales Viscasillas 2011, p. 71.

20 Vgl. M. Djordjevic, Comment 22 to art. 4 CISG, in: Kröll, Mistelis & Perales Viscasillas 2011, p. 72.

21 Vgl. M. Djordjevic, Comment 23 to art. 4 CISG, in: Kröll, Mistelis & Perales Viscasillas 2011, p. 72-73.

22 Vgl. M. Djordjevic, Comment 21 to art. 4 CISG, in: Kröll, Mistelis & Perales Viscasillas 2011, p. 71-72.

veelomvattender en afgestemde regeling.²³ Een specifiek voordeel voor juist de commerciële koper is in deze regeling echter niet te ontwaren.

3.3 Algemene voorwaarden

3.3.1 Toepasselijkheid

Een voor de praktijk belangrijke vraag is of en in hoeverre een beroep kan worden gedaan op bedingen in algemene voorwaarden. Op dit punt is de regeling in het Weens Koopverdrag zonder meer gebrekkig: het CISG bevat geen algemene regeling voor de opname van algemene voorwaarden in de overeenkomst. In de literatuur wordt aangenomen dat de bepalingen in het CISG over de sluiting van overeenkomsten en de uitleg van verklaringen van toepassing zijn op de vraag of een beding in algemene voorwaarden deel uitmaakt van de overeenkomst.²⁴ Ook de Nederlandse Hoge Raad stelt zich op dit standpunt.²⁵ In de praktijk bestaat echter discussie over de vraag of de algemene voorwaarden ook ter hand moeten worden gesteld aan de wederpartij om te kunnen leiden tot de toepasselijkheid daarvan. De hoogste Oostenrijkse rechter, het Oberste Gerichtshof, oordeelde in een arrest van 6 februari 1996 dat nu het CISG geen bijzondere regels op dit punt bevat, de algemene regels voor de contractsluiting van toepassing zijn, zodat voor toepasselijkheid van de algemene voorwaarden slechts vereist is dat de wederpartij de gelding van de algemene voorwaarden heeft aanvaard. Een dergelijke aanvaarding kan ook stilzwijgend geschieden of volgen uit de gedragingen van partijen of uit een tussen hen geldend handelsgebruik.²⁶ De terhandstelling van algemene voorwaarden lijkt volgens de Oostenrijkse rechter dus niet nodig te zijn. De hoogste Duitse civiele rechter, het Bundesgerichtshof, heeft in een arrest van 31 oktober 2001 echter geoordeeld dat uit het verdrag volgt dat de wederpartij van de gebruiker van algemene voorwaarden de mogelijkheid moet hebben om op passende wijze van deze voorwaarden kennis te nemen en dat dit slechts is gewaarborgd indien de gebruiker van algemene voorwaarden die deze van toepassing wil verklaren op de overeenkomst, de algemene voorwaarden aan de wederpartij ter beschikking worden gesteld.²⁷ Niet toevallig is dit de regel die naar het materiële Duitse recht ook geldt.²⁸ De (lagere) rechtspraak in Nederland sluit zich aan bij het oordeel van het Duitse BGH.²⁹ Dat is niet onverwacht, ook omdat het Duitse oordeel het meest aansluit bij de Nederlandse regeling van

23 In handelsovereenkomsten kan een beroep op de wilsgebreken bedrog, bedreiging en misbruik overigens niet worden beperkt of uitgesloten (art. 56 lid 1 GEKR): voor de partij die kwaad in de zin heeft en daarom de wilsgebreken van toepassing wil uitsluiten is het GEKR wellicht minder aantrekkelijk. Voor consumentenovereenkomsten kan ook niet ten nadele van de consument worden afgeweken van de regels betreffende dwaling, zie art. 56 lid 2 GEKR.

24 Vgl. M. Djordjevic, Comment 24 to art. 4 CISG, in: Kröll, Mistelis & Perales Viscasillas 2011, p. 73.

25 HR 28 januari 2005, NJ 2006, 517, LjN AR4837 (B.V.B.A. Vergo Kwekerijen/Plantenkwekerij G.N.M. Grootcholten B.V.). Zie ook H.N. Schelhaas, *Algemene voorwaarden in handelstransacties*, Studiekring 'Prof. mr. J. Offerhaus', nieuwe reeks, nr. 13, Deventer: Kluwer, 2011, p. 36 (hierna: Schelhaas 2011).

26 OGH 6 februari 1996, 10 Ob 518/95, *Recht der Wirtschaft* 1996, p. 203-205, beschikbaar op <http://www.unilex.info/case.cfm?id=202> (laatstelijk gecontroleerd op 3 juli 2012).

27 BGH 31 oktober 2001, VIII ZR 60/01, NJW 2002, p. 370, BGHZ 149, p. 113, beschikbaar op <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=20378&pos=0&anz=1> (laatstelijk gecontroleerd op 3 juli 2012).

28 Zie § 305 lid 2 BGB, dat overeenkomt met het destijds nog van kracht zijnde § 2 AGB-Gesetz.

29 Zie bijv. Rechtbank Zutphen 14 januari 2009, NJF 2009, 244 (Trend Graphic Services B.V./Signe S.A.); Rechtbank Amsterdam 3 juni 2009, LjN BK0976, SES 2009, 127 (Vinmar Chemicals and Polymers B.V./FB Groep e.a.); Rechtbank 's-Gravenhage 7 juli 2010, LjN BN0572, NJF 2011, 49 (Geerlings Export B.V./Van Hoekelen Greenhouses INC.); Rechtbank 's-Hertogenbosch 26 januari 2011, LjN BP3102 (Heras Mobile Fencing & Security/Kurt Leirich Mietservice).

de informatieplicht in art. 6:233 sub b jo. 234 BW, althans voor zover het gaat om 'kleine' commerciële partijen waar de uitzondering van art. 6:235 BW niet voor geldt. Waar de niet-terhandstelling van de algemene voorwaarden naar intern Nederlands recht zou leiden tot vernietigbaarheid van de algemene voorwaarden, kent het CISG geen expliciete sanctie. Maar indien inderdaad de lijn van het BGH zou worden gevolgd en de terhandstellingsverplichting moet worden betrokken bij de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden, dan wordt effectief dezelfde situatie bereikt als onder het interne Nederlandse recht: indien de algemene voorwaarden niet voor of bij de contractsluiting ter hand worden gesteld, dan zijn ze niet van toepassing.³⁰ Naar onze mening kan, in weerwil van het oordeel van het BGH, uit het CISG echter geen terhandstellingsverplichting worden afgeleid.³¹ Zelfs indien het BGH de heersende leer onder het CISG zou weergeven, dan volgt ook uit het oordeel van het BGH niet dwingend dat de algemene voorwaarden *ter hand* moeten worden gesteld. Integendeel: het BGH stelt zelf dat de gebruiker van de algemene voorwaarden aan de wederpartij '*deren Text übersendet oder anderweitig zugänglich macht*'. Aan de eis van terbeschikkingstelling van de algemene voorwaarden kan derhalve ook worden voldaan indien het contract wordt gesloten over het internet of per email en de algemene voorwaarden beschikbaar zijn op het internet, of indien partijen vaker met elkaar hebben gecontracteerd en de algemene voorwaarden bij een eerdere gelegenheid zijn verstrekt.³² Het CISG vereist dus zelfs in de daaraan door het BGH gegeven uitleg niet onder alle omstandigheden dat de algemene voorwaarden fysiek ter hand zijn gesteld.³³

Ook onder het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht gelden de gewone regels van aanbod en aanvaarding voor de toepasselijkheid van algemene voorwaarden. Op grond van artikel 70 lid 1 GEKR kunnen algemene voorwaarden echter alleen worden ingeroepen tegenover de wederpartij indien deze daarvan op de hoogte was of wanneer de partij die de voorwaarden heeft bedongen, redelijke maatregelen heeft getroffen om deze vóór of bij het sluiten van de overeenkomst onder de aandacht van de wederpartij te brengen. Deze bepaling geldt zowel voor handels- als voor consumentenovereenkomsten en is volgens art. 70 lid 3 GEKR van dwingend recht indien partijen voor toepasselijkheid van het Gemeenschappelijke Europese Kooprecht hebben gekozen. Aan dit vereiste is blijkens lid 2 in een consumentenovereenkomst niet voldaan door middel van een enkele verwijzing in het schriftelijke contract, ook niet wanneer die consument de overeenkomst ondertekent. A contrario kan hieruit worden afgeleid dat een enkele verwijzing naar de toepasselijkheid van algemene voorwaarden *wel* kan volstaan bij een handelsovereenkomst.³⁴ Dat zou betekenen dat onder het GEKR de gebruiker van de algemene voorwaarden bij handelsovereenkomsten niet gehouden is om de algemene voorwaarden ter hand te stellen wil hij een beroep op de algemene voorwaarden kunnen doen: vereist is slechts dat de wederpartij op

30 Zie kritisch over de door de rechtspraak gevolgde koers: T.H.M. van Wechem en J.H.M. Spanjaard, 'De toepasselijkheid van algemene voorwaarden onder het Weens Koopverdrag: nieuwe trend in de Nederlandse (lagere) rechtspraak?', *Contracteren* 2010/1, p. 34-38; S.A. Kruisinga, 'Reactie', *Contracteren* 2010/3, p. 8-12.

31 Recent in vergelijkbare zin: T.H.W. van Wechem, 'Dienen algemene voorwaarden te worden bijgesloten onder de vigeur van het Weens Koopverdrag?', *NTHR* 2012/2, p. 81-85.

32 Zie uitgebreider Schelhaas 2011, p. 36-37.

33 De *Advisory Council* van het CISG brengt binnenkort een opinie op dit onderwerp uit. Zie I. Schwenzer, 'The CISG Advisory Council', *NTHR* 2012/2, p. 50. Tijdens een op 20 april 2012 in Amsterdam gehouden symposium maakte Schwenzer duidelijk dat fysieke terhandstelling in ieder geval *niet* onder alle omstandigheden verplicht zal zijn.

34 Zie uitgebreid M.B.M. Loos, 'De algemene voorwaarden-regeling in het voorstel voor een Gemeenschappelijk Europees kooprecht: een vergelijking met het Nederlandse recht', *NTBR* 2012/5, p. 166 e.v.

enigerlei wijze de algemene voorwaarden heeft aanvaard. Daarmee sluit de regeling in het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht dicht aan bij de opvatting van het Oostenrijkse OGH dan bij de opvatting van het Duitse BGH ten aanzien van het CISG. Het GEKR vereist echter niet dat de algemene voorwaarden op enig moment eenvoudig raadpleegbaar of opvraagbaar moeten zijn: art. 70 lid 2 GEKR suggereert dat een enkele verwijzing naar de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden volstaat.

Welk regime is voor de commerciële koper gunstiger: het regime van het CISG waar onder omstandigheden mogelijk terhandstelling nodig is, of het GEKR waar dat nimmer het geval is en een enkele verwijzing naar de toepasselijkheid van algemene voorwaarden lijkt te volstaan? Wellicht is het CISG licht in het voordeel van de koper, omdat de algemene voorwaarden minder snel van toepassing lijken te zijn. Bij het GEKR lijkt hij op dit punt in het nadeel te zijn, omdat hij niet eens een redelijke mogelijkheid tot inzage van de algemene voorwaarden lijkt te krijgen. Wat ons betreft is een middenweg de beste modus: de koper moet wél de mogelijkheid krijgen om van de algemene voorwaarden kennis te nemen, maar het telkens ter hand stellen van algemene voorwaarden is niet nodig. Een terhandstellingsverplichting bij of voorafgaande aan de contractsluiting gaat naar onze mening ten onrechte uit van de premisse dat de algemene voorwaarden voorafgaande aan de contractsluiting worden gelezen en dat op basis daarvan een afweging wordt gemaakt of het contract al dan niet wordt gesloten. In het merendeel van de gevallen worden die algemene voorwaarden echter niet gelezen en daarom is het naar onze mening voldoende als de algemene voorwaarden op enig moment eenvoudig raadpleegbaar en opvraagbaar zijn. In dit verband is het nodig om de belangrijkste doeleinden van een informatieverplichting van algemene voorwaarden onder ogen te zien.³⁵ Dat is in de eerste plaats het besluitvormingsbelang, waarmee wordt bedoeld dat de wederpartij kennis moet nemen van algemene voorwaarden omdat hij afhankelijk van de inhoud van de algemene voorwaarden al dan niet tot contractsluiting zal overgaan. Dit besluitvormingsbelang is naar onze inschatting in de praktijk van geringe betekenis, omdat in het merendeel der gevallen de algemene voorwaarden niet worden gelezen en voor kennisgeving worden aangenomen. Het tweede doel bij een informatieverplichting van algemene voorwaarden ligt in het afstemmingsbelang, oftewel, de wederpartij moet in staat worden gesteld om haar gedrag op de inhoud van de algemene voorwaarden af te stemmen (bijvoorbeeld het melden van schade binnen een korte tijd). In de derde plaats kan het dossierbelang worden onderscheiden, waar doorgaans mee wordt bedoeld dat de wederpartij in staat moet worden geacht haar rechtspositie te beoordelen zodra zich problemen voordoen. Deze laatste twee doeleinden worden voldoende gewaarborgd indien de algemene voorwaarden eenvoudig raadpleegbaar zijn. Een terhandstellingsverplichting is hiervoor niet nodig.

3.3.2 *Battle of the forms*

Het Weens Koopverdrag biedt wél een oplossing voor een ander belangrijk probleem bij de internationale handelskoop, de battle of the forms: de algemene voorwaarden van de partij die als laatste heeft verwezen naar haar algemene voorwaarden zijn van toepassing,

35 M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: BJU 2001, nr. 36; Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Mon. Nieuw BW B55), Deventer: Kluwer 2010, nr. 35; M.B.M. Loos, 'De informatieplicht bij algemene voorwaarden: tijd voor herziening van een ondeugdelijke regeling', *Contracteren* 2004-2, p. 31.

aangezien deze verwijzing niet door de wederpartij is verworpen (art. 19 lid 2 CISG).³⁶ Het CISG gaat daarmee uit van de zogenaamde *last shot theory*.³⁷ Het is niet eenvoudig vast te stellen of dit model juist voor de commerciële koper voordelig is. Vermoedelijk wel in een eenvoudig aanbod- en aanvaardingmodel, omdat het de koper, die het aanbod van de verkoper aanvaardt, de beste mogelijkheid biedt om zijn eigen algemene voorwaarden van toepassing te laten verklaren.

De *last shot theory* heeft echter, evenals de tegengestelde *first shot theory*, die in essentie naar Nederlands recht geldt,³⁸ als nadeel voor alle partijen dat het meestal min of meer toevallig is wiens aanbod uiteindelijk wordt aanvaard. Zij is zelfs problematisch wanneer partijen uitgebreid met elkaar hebben onderhandeld en daardoor niet goed kan worden bepaald wie het uiteindelijk aanvaarde aanbod heeft gedaan, of wanneer de onderhandelingen hebben geleid tot deelovereenkomsten waarbij het succesvolle aanbod dan weer van de een, dan weer van de ander afkomstig is. De kwalificatie van een verklaring als het uiteindelijke aanbod kan daardoor tot grote verschillen voor de rechtspositie van partijen leiden, waardoor de kwalificatie – achteraf – opeens van groot gewicht wordt en resulteert in een *lawyer's paradise*.³⁹ In dat opzicht is de regel in het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht te prefereren, ook voor de commerciële koper. Volgens art. 39 lid 1 GEKR gelden *beide* sets algemene voorwaarden voor zover zij 'in wezen overeenstemmen' ('are common in substance') en gelden de algemene voorwaarden niet voor zover zij met elkaar in strijd zijn. Naar onze mening moet worden aangenomen dat waar de algemene voorwaarden van de ene partij een bepaald onderwerp wel regelen en de voorwaarden van de ander zwijgen, de desbetreffende bedingen van toepassing zijn geworden op de overeenkomst: het betreft dus de zogenoemde *knock-out* theorie. Deze theorie leidt ertoe dat partijen slechts niet gebonden worden aan tegengestelde bepalingen.

3.3.3 Inhoudscontrole

Het CISG bevat *geen* bepaling over de inhoudscontrole van de toepasselijk geworden algemene voorwaarden (of een verbod van een dergelijke controle), zodat dit naar het toepasselijke interne recht moet worden bepaald.⁴⁰ Naar Nederlands recht betekent dit dat een dergelijk beroep wordt beoordeeld aan de hand van art. 6:248 lid 2 BW.⁴¹ Wel is nog een rol voor het CISG weggelegd indien het onderwerp van het beding uitputtend geregeld is in het CISG (vgl. art. 4 CISG). Zo wordt aangenomen dat een beding waarmee een beroep op vernietiging binnen een bepaalde (redelijke) termijn moet worden gedaan, onder het CISG valt en geldig is omdat de inhoud van het beding in lijn zou zijn met de algemene beginselen van het verdrag.⁴² Een beding dat de rechten van de koper voor non-conformiteit

uitsluit, valt eveneens onder het CISG maar is ongeldig.⁴³ Voor boetebedingen geldt daarentegen dat het verdrag geen regeling bevat, zodat de geldigheid van dit type bedingen wel naar nationaal recht kan worden getoetst.⁴⁴

Het GEKR bevat, anders dan het CISG, een regeling voor de inhoudscontrole van algemene voorwaarden. Daarbij geldt voor handelsovereenkomsten wel een beperkter toetsingskader dan voor consumentenovereenkomsten: volgens artikel 83 lid 1 GEKR is een beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, in een consumentenovereenkomst oneerlijk indien het 'in strijd met de goede trouw en de redelijkheid en billijkheid, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verbintenissen van partijen aanzienlijk verstoort ten nadele van de consument'. Bij een handelsovereenkomst is blijkens artikel 86 lid 1 onder b GEKR een voorwaarde 'alleen oneerlijk wanneer (...) de voorwaarde van dien aard is dat het gebruik ervan grovelijk afwijkt van de gangbare handelspraktijken en indruist tegen de goede trouw en de redelijkheid en billijkheid.' Op het hanteren van verschillende maatstaven voor consumenten- en handelsovereenkomsten is wel wat af te dingen.⁴⁵ Geconstateerd moet echter worden dat de Europese Commissie uitdrukkelijk gekozen heeft voor een beperkter toetsingskader voor in handelsovereenkomsten gehanteerde algemene voorwaarden. Deze toets is dermate terughoudend dat niet goed voorstelbaar is dat de uitkomst van de toetsing van bedingen naar Nederlands recht bij een toetsing aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een andere zou zijn. Daarmee zal indien krachtens het internationaal privaatrecht Nederlands recht op de overeenkomst van toepassing is, een keuze voor het GEKR of het CISG in de praktijk uiteindelijk weinig verschillen opleveren voor de beoordeling van algemene voorwaarden in handelsovereenkomsten.

3.4 Eigendomsoverdracht en zekerheidsrechten

Een derde onderwerp dat niet afdoende geregeld is in het Weens Koopverdrag, betreft de vraag wanneer de eigendom van de verkochte zaken overgaat op de koper: art. 4 CISG sluit ook de toepasselijkheid van het verdrag uit op de gevolgen die de overeenkomst kan hebben voor de eigendom van verkochte zaken. Ook de vraag of een partij die over een zekerheidsrecht beschikt, eigenaar is geworden of slechts over een beperkt zakelijk recht beschikt, is nadrukkelijk aan het volgens het internationaal privaatrecht toepasselijke nationale recht overgelaten.⁴⁶ Ook hier geldt weer dat dit anders is voor zover het verdrag uitdrukkelijk anders bepaalt. Ten aanzien van de eigendomsoverdracht bepaalt art. 30 CISG slechts *dat* op de verkoper de verplichting rust de eigendom van de zaken over te dragen. Het moment waarop de eigendom wordt of moet worden overgedragen, is daarentegen niet geregeld. Dat betekent dat geen keuze is gemaakt tussen de regeling in landen als Frankrijk,⁴⁷ waar de eigendomsoverdracht in beginsel het automatische gevolg is van de sluiting van de overeenkomst en derhalve plaatsvindt op het moment van de contractsluiting, en de regeling in bijvoorbeeld Nederland, waar de eigendomsoverdracht pas plaats vindt bij de levering.

36 Vgl. F. Ferrari, Comment 15 to art. 19 CISG, in: Kröll, Mistelis & Perales Viscasillas 2011, p. 289. Ferrari wijst in Comment 14, p. 288-289, overigens op opvattingen in een deel van de literatuur die uitgaan van de opvatting dat het CISG dit onderwerp niet regelt, zodat het nationale recht beslist over de Battle of forms.

37 Zo ook F. Ferrari, Comment 16 to art. 19 CISG, in: Kröll, Mistelis & Perales Viscasillas 2011, p. 290.

38 Zie art. 6:225 lid 3 BW.

39 Vgl. Loos 2001, nr. 28.

40 Zie ook M. Djordjevic, Comment 24 to art. 4 CISG, in: Kröll, Mistelis & Perales Viscasillas 2011, p. 73. Zie ook Schelhaas 2011, p. 37.

41 Op de internationale handelsovereenkomst is de algemene voorwaarden-regeling van art. 6:231 BW niet van toepassing, nu art. 6:247 lid 2 BW daaraan in de weg staat. Zie hierover kritisch Schelhaas 2011, p. 10-11 en 41-42.

42 Zie ook M. Djordjevic, Comment 25 to art. 4 CISG, in: Kröll, Mistelis & Perales Viscasillas 2011, p. 73-74.

43 Vgl. M. Djordjevic, Comment 25 to art. 4 CISG, in: S. Kröll, L. Mistelis, P. Perales Viscasillas, UN Convention for the International Sale of Goods (CISG), München: C.H. Beck, 2011, p. 74.

44 Vgl. F. Ferrari, Comment 15 to art. 19 CISG, in: Kröll, Mistelis & Perales Viscasillas 2011, p. 289.

45 Zie kritisch Loos 2012, p. 166 e.v.

46 Vgl. M. Djordjevic, Comment 28 to art. 4 CISG, in: Kröll, Mistelis & Perales Viscasillas 2011, p. 76.

47 Zie art. 1603 van de Franse Code civil.

Ook het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht bepaalt niet wanneer de eigendom van de verkochte zaken overgaat op de koper: evenals in het CISG wordt wel bepaald dat er een verplichting tot eigendomsoverdracht bestaat,⁴⁸ maar is de vraag wanneer de eigendom wordt overgedragen helaas uitdrukkelijk niet geregeld. Uit overweging (27) uit de preambule volgt dat deze vraag dan ook moet worden beslist overeenkomstig het door het internationaal recht aangewezen interne nationale privaatrecht. Een keuze voor het GEKR of het CISG leidt ook op dit punt dus niet tot een verschillend resultaat.

4 Vergelijking van zowel in het CISG als het GEKR geregelde onderwerpen

4.1 Inleiding

Zowel in het Weens Koopverdrag als in het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht is een uitgebreide regeling van de verplichtingen van partijen en de gevolgen van de niet-nakoming van die verplichtingen voorzien. De beide regelingen hebben op dit punt grotendeels dezelfde structuur: na een beschrijving van de verplichtingen van de verkoper⁴⁹ volgen de remedies van de koper voor het geval de verkoper zijn verplichtingen niet correct nakomt.⁵⁰ Vervolgens zijn de verplichtingen van de koper⁵¹ en de bijbehorende remedies van de verkoper⁵² aan de beurt. De reeks wordt afgesloten door bepalingen over de overgang van het risico van tenietgaan, waardevermindering of beschadiging van de verkochte zaken.⁵³ Zowel de regeling van de schadevergoeding⁵⁴ als die betreffende de gevolgen van ontbinding⁵⁵ worden vervolgens afzonderlijk behandeld. Het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht bevat voorts aansluitend op de verplichtingen van partijen en de daarbijbehorende remedies voor de wederpartij een regeling voor met de koopovereenkomst verbonden en tegelijkertijd gesloten overeenkomsten tot levering van diensten – waarmee met name wordt gedacht aan onderhouds- en reparatie-overeenkomsten.⁵⁶ Wij gaan kort in op enkele onderwerpen die zowel in het CISG als in het GEKR zijn geregeld.

4.2 Onderzoeks- en klachtplicht

De koper dient de door de verkoper afgeleverde goederen binnen korte termijn te (doen) keuren op de aanwezigheid van kenbare gebreken, zo volgt uit art. 38 lid 1 CISG. Indien partijen zijn overeengekomen dat de verkoper ook zorg draagt voor het vervoer van de goederen, kan de koper het keuren van de goederen uitstellen tot het moment waarop de goederen op hun bestemming zijn aangekomen. Een soortgelijke verplichting geldt ook onder het GEKR. Art. 121 GEKR omschrijft de onderzoekstermijn echter op veel concretere wijze: de koper dient de goederen binnen een zo kort mogelijke termijn te onderzoeken, welke termijn niet langer mag zijn dan 14 dagen vanaf de levering.

48 Zie art. 91 onder (b) GEKR.

49 Art. 30-44 CISG en art. 91-105 GEKR.

50 Art. 45-52 CISG en art. 106-122 GEKR.

51 Art. 53-60 CISG en art. 123-130 GEKR.

52 Art. 61-65 CISG en art. 131-139 GEKR.

53 Art. 66-70 CISG en art. 140-146 GEKR.

54 Art. 74-80 CISG en art. 159-171 GEKR.

55 Art. 81-88 CISG en art. 172-177 GEKR.

56 Art. 147-158 GEKR.

Schending van de onderzoeksplicht brengt noch onder het CISG noch onder het GEKR een sanctie met zich. Veelal zal de koper die een op hem rustende onderzoeksplicht schendt, echter (daardoor) de ermee verbonden klachtplicht schenden, op grond waarvan hij zich niet op non-conformiteit kan beroepen indien hij de verkoper niet binnen een redelijke termijn op de hoogte stelt van het gebrek.⁵⁷ Deze klachtplicht is onder het CISG en het GEKR op vergelijkbare wijze vormgegeven.⁵⁸ Onder het Weens Koopverdrag vangt de klachttermijn aan op het moment dat de koper het gebrek ontdekte of had behoren te ontdekken. Het GEKR hanteert een vergelijkbaar aanvangsmoment: de klachttermijn vangt aan op het moment van levering van de goederen of, indien dit later is, het moment waarop de koper het ontbreken van conformiteit ontdekt of had behoren te ontdekken.⁵⁹ Ten aanzien van verborgen gebreken verliest de koper het recht om zich op het ontbreken van conformiteit te beroepen wanneer hij de verkoper niet binnen twee jaar na het moment waarop de goederen feitelijk aan de koper werden overhandigd overeenkomstig de overeenkomst, in kennis stelt van het ontbreken van conformiteit.⁶⁰ Wanneer partijen echter zijn overeengekomen dat de goederen gedurende een langere termijn geschikt dienen te zijn voor bijzonder of normaal gebruik, geldt de langere termijn,⁶¹ terwijl de verkoper zich bij verzwijging van gebreken die hij kende of behoorde te kennen niet kan beroepen op een schending van de klachtplicht of overschrijding van de klachttermijn.⁶² De klachtplicht is onder beide regelingen dus vergelijkbaar en leidt als zodanig niet tot een positieverandering voor de commerciële koper.

4.3 Remedies bij tekortkoming door de verkoper: opschorting, nakoming, ontbinding, schadevergoeding

4.3.1 Soort remedies

Een belangrijke parameter voor de beoordeling van de beide regelingen vanuit het perspectief van de commerciële koper, wordt gevormd door de beschikbare remedies. Omdat wij ons in deze bijdrage richten op de positie van de commerciële koper, bespreken wij in het navolgende louter de rechtsmiddelen die de koper ten dienste staan.⁶³

In geval van non-conformiteit staat de koper, voor zover hij voldaan heeft aan de klachtplicht, onder het CISG en het GEKR dezelfde remedies ten dienste: hij heeft recht op nakoming,⁶⁴ ontbinding⁶⁵ prijsvermindering⁶⁶ en schadevergoeding⁶⁷ Daarnaast kan de teleurgestelde koper de nakoming van zijn eigen prestaties, zoals de betaling van de koop-

57 Zie art. 39 lid 1 CISG en art. 122 lid 1, eerste zin, GEKR.

58 De klachtplicht is in beide regelingen beperkt tot handelsovereenkomsten. Voor het CISG volgt dit uit het toepassingsgebied van het verdrag zelf; voor het GEKR blijkt dit uit de titels van de afdeling en de artikelen waarin de onderzoeks- en klachtplicht van de koper zijn opgenomen.

59 Vgl. art. 122 lid 1, tweede zin, GEKR.

60 Zie art. 39 lid 2 CISG en art. 122 lid 2 GEKR.

61 Zie art. 39 lid 2 CISG en art. 122 lid 3 GEKR.

62 Zie art. 40 CISG en art. 122 lid 6 GEKR.

63 De rechtsmiddelen die de verkoper ten dienste staat bij een tekortkoming van de koper worden behandeld in resp. art. 61-65 CISG en art. 131-139 GEKR.

64 Art. 46-47 CISG en art. 106 lid onder (a) jo. 110-112 GEKR.

65 Art. 49 CISG en art. 106 lid onder (c) jo. 114-119 GEKR.

66 Zie art. 50 CISG en art. 106 lid onder (d) jo. 120 GEKR.

67 Art. 45 lid 1 onder (b) jo. lid 2 jo. art. 74-77 CISG en art. 106 lid 1 onder (e) jo. art. 159-171 GEKR.

prijs, tijdelijk opschorten.⁶⁸ In beide regelingen bestaat verder een bijzondere remedie voor het geval de verkoper vóór de overeengekomen datum wil nakomen of een grotere hoeveelheid zaken aflevert dan was overeengekomen. De koper kan volgens art. 52 lid 1 CISG de eerdere levering van de goederen afwijzen. Volgens art. 130 lid 1 GEKR kan de koper de eerdere levering alleen dan weigeren indien hij hiervoor een rechtmatig belang heeft. Levert de verkoper een grotere hoeveelheid dan was overeengekomen, dan kan de koper zowel onder het CISG als het GEKR het overschot behouden of weigeren.⁶⁹ Behoudt hij het overschot, dan dient hij voor de teveel geleverde goederen een bedrag, evenredig aan de contractuele prijs, te betalen.⁷⁰

Het GEKR brengt de commerciële koper dus niets nieuws: de rechtsmiddelen zijn onder beide regelingen vergelijkbaar. Wel zijn de voorwaarden die het CISG respectievelijk het GEKR daarvoor stelt in een aantal situaties verschillend.

4.3.2 Opschorting

Wij beginnen met de tijdelijke maatregel van de opschorting van de eigen prestaties, die vaak als voorportaal dient voor een definitieve remedie. Art. 113 GEKR⁷¹ kent de koper een dergelijk opschortingsrecht toe indien hij gelijktijdig met of ná de verkoper moet presteren: in dat geval mag hij zijn eigen prestatie opschorten totdat de verkoper is nagekomen. Indien de koper als eerste moet presteren, dan mag hij deze prestatie pas opschorten indien hij redelijkerwijs mag aannemen dat de verkoper niet zal nakomen.

De regeling in het CISG maakt geen onderscheid naar het moment van prestatie, maar kent in art. 71 CISG aan de schuldeiser⁷² een opschortingsrecht toe indien na de contractsluiting blijkt dat de wederpartij een “substantial part” van zijn prestatie niet kan nakomen als gevolg van een “(a) a serious deficiency in his ability to perform or in his creditworthiness; or (b) his conduct in preparing to perform or in performing the contract”. Het opschortingsrecht in het CISG is zodoende beperkter en aan meer voorwaarden verbonden, en dus leidt het GEKR tot een positieverbetering van de koper.

4.3.3 Nakoming

Ook de voorwaarden ten aanzien van de nakomingsvordering verschillen. Het CISG kent de koper een algemeen recht toe om nakoming te vorderen tenzij “the buyer has resorted to a remedy which is inconsistent with this requirement”. Het GEKR legt het nakomingsrecht in algemene zin meer aan banden: nakoming kan niet worden gevorderd indien nakoming onmogelijk wordt of strijdig is met de wet, of indien de kosten voor nakoming disproportioneel zijn in verhouding tot het voordeel dat de koper met nakoming behaalt. Een dergelijke beperking kent het CISG niet. Daar staat echter tegenover dat het GEKR ruimhartiger is ten aanzien van de vorm van nakoming: kosteloos herstel en vervanging zijn beide mogelijk⁷³ terwijl het CISG bepaalt dat een vervangend product slechts mag worden gevraagd in

68 Zie art. 71 CISG en art. 106 onder (b) jo. 113 GEKR.

69 Aangezien de levering van een te grote hoeveelheid als een conformiteitsprobleem wordt gezien, gelden hiervoor ook de onderzoeks- en de klachtplicht, zodat een te late klacht over het teveel geleverde impliceert dat de koper het overschot heeft aanvaard, en dus de verkoper hiervoor de prijs dient te betalen.

70 Zie art. 52 lid 2 CISG en art. 130 lid 3 en 4 GEKR.

71 Een vergelijkbaar opschortingsrecht komt de verkoper toe: art. 133 GEKR.

72 Het opschortingsrecht van art. 71 CISG is van toepassing op zowel de opschorting door de koper als de opschorting door de verkoper.

73 Art. 111 GEKR bevat echter restricties bij de consumentenkoop.

geval van een *fundamental breach*. Over gehele linie genomen betekent dit dat de regeling van het GEKR leidt tot een positieverbetering van de commerciële koper.

4.3.4 Ontbinding en prijsvermindering

Ook de vereisten voor de ontbinding lopen uiteen. De eerste voorwaarde die zowel het CISG als het GEKR aan de ontbindingsbevoegdheid stelt, is nog identiek: beide regelingen eisen dat sprake moet zijn geweest van een *wezenlijke* tekortkoming.⁷⁴ In beide instrumenten heeft de koper daarnaast de bevoegdheid om te ontbinden indien de verkoper in het geheel niet nakomt, en hij een door de koper gestelde aanvullende termijn onbenut voorbij laat gaan. De regelingen verschillen ten aanzien van de grenzen van het ontbindingsrecht. Waar het GEKR bepaalt dat de ontbindingsbevoegdheid verloren gaat indien de koper niet binnen een redelijke termijn nadat hem het ontbindingsrecht toekwam een ontbindingsverklaring heeft uitgebracht,⁷⁵ verliest de koper onder het CISG minder snel zijn ontbindingsrecht. Dat is slechts het geval indien de verkoper alsnog zijn verplichtingen nakomt, ofschoon de koper het recht had om de overeenkomst te ontbinden, maar dat recht nog niet heeft uitgeoefend (art. 49 CISG). In die zin komt de koper onder het CISG een ruimer ontbindingsrecht toe.

Beide regelingen hanteren een vergelijkbare bepaling over het aan het ontbindingsleerstuk verwante recht op prijsvermindering.⁷⁶ Die prijsvermindering dient proportioneel te zijn aan de waardevermindering van het geleverde.⁷⁷ In beide regelingen geldt dit ook indien slechts een gedeelte van de zaken is geleverd: art. 120 CISG en 120 lid 1 GEKR.

4.3.5 Schadevergoeding

Het recht op schadevergoeding is in beide regelingen vergelijkbaar, en dus levert het GEKR geen meerwaarde op voor de commerciële koper. In beide gevallen bestaat een recht op schadevergoeding indien – kort gezegd – de verkoper toerekenbaar⁷⁸ tekort is geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen. Het recht op schadevergoeding is uiteraard niet onbegrensd. Waar in het Nederlandse recht daartoe de leer van de redelijke toerekening geldt (art. 6:98 BW), hebben het CISG en het GEKR gekozen voor de voorzienbaarheid als beperkende factor: slechts schade die ten tijde van de contractsluiting voor de tekortschietende partij voorzienbaar was, komt voor vergoeding in aanmerking.⁷⁹ Vergelijkbare bepalingen gelden verder voor schadevergoeding in geval van een dekkingskoop⁸⁰ en voor goederen

74 Zie voor de voorwaarden van ontbinding resp. art. 49 CISG en 114 GEKR, en voor de definitie van wezenlijke tekortkoming art. 25 CISG en 87 GEKR. Aan de bijna gelijklopende definitie van een wezenlijke tekortkoming voegt het GEKR nog één element toe: een tekortkoming is ook wezenlijk indien het duidelijk is dat ‘the non-performing party’s future performance cannot be relied upon’.

75 Of vanaf het moment dat de koper zich bewust werd van de tekortkoming, of zich daar bewust van had moeten zijn: zie art. 119 lid 1 GEKR.

76 De *actio quanti minoris* die onder het Nederlandse recht voor commerciële koopovereenkomsten ook wel wordt gerealiseerd via een partiele ontbinding van het contract.

77 Art. 50 CISG en art. 106 lid onder (d) jo. 120 GEKR

78 In het CISG volgt dat uit art. 79 CISG, terwijl dit in het GEKR (art. 159 GEKR) expliciet is opgenomen. Een tekortkoming is niet toerekenbaar indien deze te wijten is aan ‘impediment beyond his control’: vgl. art. 79 CISG en 88 GEKR. Een recht op schadevergoeding is niet afhankelijk van de vraag of de tekortschietende partij *verwijtbaar* heeft gehandeld: zie I. Schwenzer, Comment 12 bij Art. 74 CISG, in: P. Schlechtriem & I. Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, C.H. Beck: München, 3^e ed. 2010, p. 1003.

79 Art. 74 CISG en Art. 161 GEKR.

80 Art. 75 CISG en 164 GEKR. Vgl. art. 7:37 BW.

met een dagprijs.⁸¹ Verder rust op de koper in zowel het CISG als het GEKR de verplichting om zijn schade zoveel mogelijk te beperken.⁸²

4.3.6 Positieverbetering koper?

In de regeling ten aanzien van de remedies zien wij kleine verschillen tussen de beide regelingen. De bepalingen onder het GEKR zijn echter niet wezenlijk voordeliger voor de koper in vergelijking met het CISG. Indien een koper aan het GEKR is gebonden dan komt hij in vergelijking met het CISG een beperkter recht op opschorting en een beperkter recht op nakoming toe, terwijl hij zijn recht op ontbinding in iets meer gevallen verliest. Wel is de positie van de koper beter ten aanzien van de *vorm* van nakoming, nu onder het GEKR de remedie van vervanging in meer gevallen beschikbaar is dan onder het CISG. Meer dan accentverschillen zijn dit echter niet.

5 Besluit: de positie van de commerciële koper

Hartkamp signaleerde destijds de trend dat in het CISG de positie van de (commerciële) koper verbeterde, ten opzichte van het LUF en het LUVI. Hartkamp wees bijvoorbeeld op de verplichting van de verkoper om ervoor in te staan dat de goederen vrij zijn van gebreken, op een ruim recht van de koper op herstel van gebreken, en op een verruimd recht op ontbinding.⁸³ In onze bijdrage hebben wij onderzocht of de jongste spruit van het internationale kooprecht, het GEKR, een vergelijkbaar effect heeft gesorteerd in vergelijking tot het CISG.

In ieder geval heeft het GEKR tot wijzigingen geleid in vergelijking met het CISG. Zo brengt het GEKR, net als het CISG in zijn tijd deed, een aantal nieuwe onderwerpen onder haar bereik. Het GEKR biedt bijvoorbeeld een meerwaarde ten opzichte van het CISG door een regeling ten aanzien van de wilsgebreken op te nemen, door haar toepasselijkheid uit te breiden ten aanzien van onder meer dienstverlening, en door specifieke regels te wijden aan algemene voorwaarden. Ook heeft het GEKR tot inhoudelijke wijzigingen geleid, bijvoorbeeld in een snellere toepasselijkheid van algemene voorwaarden, een andere wijze om de battle of the forms problematiek op te lossen (de willekeurige *last shot*-theorie versus de evenwichtiger *knock out*-theorie), een kortere en strakkere onderzoeksplicht, en in enige accentverschillen ten aanzien bij de remedies voor een tekortkoming.

Tot een duidelijke positieverbetering van juist de commerciële koper hebben deze wijzigingen echter niet geleid. De door Hartkamp gesignaleerde trend heeft zich in het GEKR dan ook niet voortgezet. Dat is natuurlijk verklaarbaar. Het GEKR is immers niet louter gericht op commerciële koop en heeft als meer overstijgend objectief:

'de totstandbrenging en de werking van de interne markt te verbeteren door de uitbreiding van grensoverschrijdende handel voor ondernemingen en grensoverschrijdende aankopen voor consumenten te bevorderen. Deze doelstelling kan worden bereikt door een zelfstandig,

81 Art. 76 CISG en 165 GEKR. Vgl. art. 7:38 BW.

82 Art. 77 CISG en 163 GEKR.

83 Resp. art. 42, 46 lid 3, 49 CISG en Hartkamp, *ibid*, p. 26-27.

uniform geheel van bepalingen inzake overeenkomstenrecht aan te bieden, waaronder bepalingen inzake consumentenbescherming'.⁸⁴

Dat heeft niet alleen geleid tot een aantal beschermende bepalingen dat slechts voor de consumentenkoop geldt, maar ook in een set regels die niet louter in het voordeel van één der partijen werkt.

Beide sets met regels stemmen op een belangrijk punt nog met elkaar overeen. Net als het CISG bevat ook het GEKR leemtes, zoals ten aanzien van eigendomsovergang en zekerheidsrechten, die met de hulp van het (door het internationaal privaatrecht aangewezen) nationale recht moeten worden ingevuld. En zo blijven de beide belangstellingsgebieden van Offerhaus ook na eventuele invoering van het GEKR in leven.

84 Zie de toelichting bij de verordening, p. 4.